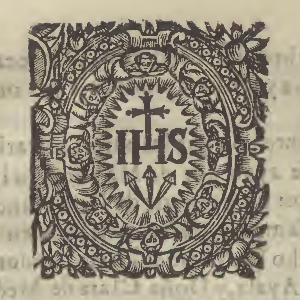




POR D. FRANCISCO TELLO DE PORTVGAL, CAVALLERO DE LA ORDEN DE ALCANTARA,

CON

DON FRANCISCO DE GVZMAN Y ZVNIGA, Y DON LOPE de Zuñiga y Guzman,

SOBRE LA TENVTA Y POSSESSION de los bienes del Vinculo que fundô Don Francisco de Medina Nuncibay.

N.1. AVNQVE Por parte de Don Francisco Tello se ha mostrado su justicia con erudicion, vt solet eius Aduocatus, pero por me parecer que ay en su fauor otros medios muy mas concluyentes ê indubitables, ea in medium proferre nô grauabor, esperando que co[...] e[...]os, hablando debaxo de la dignissima censura de V.S.h[...]r la dicha de todo punto la discordia, y confirmarse concord[...]s en la ot[...]lendissimorũ dominorũ meorũ voto, la sentencia [...]mbra[...] [...]te, y su Acompañado,
[...]itu[...] A[...]

ñado, & omisso multiloquio breuitati studendo; y sin tocar, ni repetir cosa alguna de lo que ya se ha apuntado en el otro Informe.

2 Digo que todo el fundamento con que las partes cõtrarias pretenden que por agora no se ayan por de Mayorazgo los bienes rayzes que quedaron por fin y muerte de Don Francisco de Medina, y que èl expressamente dexò vinculados en su testamento: es dezir que el dicho Don Francisco era deudor a sus hermanas Doña Maria de Ayala, y Doña Clara de Medina en grande cantidad de marauedis, y que hasta sacarse esta deuda no se puede saber que bienes son los que han de quedar vinculados, porque non dicuntur bona nisi deducto ære alieno; & per consequens, que no tiene aun lugar en este Mayorazgo la disposicion de la ley 45. de Toro, ni en virtud della puede Don Francisco Tello, sucessor llamado, pretender la possession de los dichos bienes, & insuper que algunos dellos no se pudieron comprehender en el Vinculo, porque eran proprios de las dichas Doña Maria, y Doña Clara. Esta es en suma la substancia de toda la Informacion contraria.

3 Cæterum, para deshazer de todo punto este fundamento (dexado lo que ya se ha respondido) & claritatis gratia, diuidirè este Informe en tres breues Articulos. En el primero mostrarè, que Don Francisco de Medina instituyò por sus herederos a Doña Maria de Ayala, y Doña Clara, y D. Lope sus hermanos, y que las dichas Doña Maria y Doña Clara acetaron su herencia. En el segundo, que en caso no concedido que su hermano les debiera algo, y ellas tuuieran parte en los bienes que dexò vinculados, ni podian pedir la deuda, ni la parte que tuuiessen en los bienes. Y finalmente en el tercero, que quando todo lo susodicho cessàra, no se puede impedir por las partes contrarias darse a Don Francisco Tello la possession, y amparo que pretende.

ARTICVLO PRIMERO.

4 DOn Francisco de Medina en su testamento, que comiença fois[illegible] o fundò Mayorazgo de sus bienes rayzes, y los [illegible] specificadamente fojas 14. y despues en vna claus[illegible] dixo, que nombraua por sus herederos en el vsu[illegible] a su[illegible] [her]manas y hermano, y tras de ellos a los

a los sucessores que llamaua a el Mayorazgo: y vltimamente fojas 18. dixo, que boluia a dezir que los herederos que nõbraua eran en el vsufructo a sus hermanos, y en la propriedad a los mismos, y por el mismo orden que los tenia llamados a el Mayorazgo.

5 Aunque no huuiera mas q̃ la primera clausula en que el testador dixo que instituìa por sus herederas a sus hermanas en el vsufructo, esso bastaua para que se entendiessen, y quedassen instituidas en todos los bienes, atento que el testador no nombrò otro algun heredero que huuiesse de suceder en su herencia juntamente con ellas: quia hæres institutus in re certa alio cohærede non dato, in tota hæreditate institutus censetur, ne testator pro parte testatus, & pro parte intestatus decedat. l. 1. §. si ex fundo. l. quoties. §. si duo. ff. hęredib. instituendis. l. quoties. C. eodem titulo. l. 14. tit. 3. partit. 6. Surd. cons. 439. & decis. 152. num. 9. Cancer. p. 1. variar. cap. 1. num. 7. dominus Molin. lib. 1. cap. 14. num. 8. ibi: *Si autem Maioratus fiat ex quota bonorum, vel certa re particulari, subdistinguendum erit, nã aut in bonorum quota primus Maioratus successor hæres in testamento instituitur absque alio vniuersali hærede, & hoc casu in ea tanquam hæres iure directo succedet.* Et nullo ex his citatis latissimè rẽ agit domin. Castillo lib. 3. controuers. cap. 17.

6 Pero el fundador nos quitò de toda duda cõ la vltima clausula de su testamento, en la qual declarando, enmendando, y supliendo la clausula antecedente, dixo q̃ boluia a dezir (supponẽs hisce verbis, & innuens que ya antes lo auia dicho, quasi plus dicere voluisset, & minus scripsisset, prout multoties cõtingit, vt in l. 1. ff. hæredib. instituẽd. ibi: *Credimus plus nuncupatum, & minus scriptum.*) que los herederos que nombraua erã sus hermanos en el vsufructo, y en la propriedad, por el messmo orden que los auia llamado a el Mayorazgo, que fue substituyendo vno a el otro; y en esta vltima clausula no nombrô por herederos a los que llamaua a la sucession del Vinculo despues de sus hermanos: & ex serie totius testamenti constat clarissimè que no los llamô mas que a la sucession de el Mayorazgo. Y si tambien quisiera que fueran herederos en los demas bienes, no tenia para q̃ añadir la dicha vltima clausula, porque ya los dexaua nombrados en la otra clausula antecedente: pero porque el auerlos nombrado auia sido yerro, quasi magis scriptum quàm nuncupatum, vt etiam solet con

tingere

tingere.l.quoties.§.1.ff.hęredib.instituend.ibi: *Sed si maiorẽ partem adscripserit,* &c. por esto fue necessario añadir el testador la dicha vltima clausula, en que declarando, supliendo y enmendando la antecedente, declarò que sus hermanos erã los que nombraua por herederos en el vsufructo, y en la propriedad, conque se comprehende todo: porque en todas las cosas no ay, ni se puede cõsiderar mas que propriedad, y vsufructo.

7 Desuerte que es sin duda que los hermanos fueron los que el testador nombrò por sus herederos, y assi los llamados despues de ellos a la sucession del Mayorazgo no son mas que legatarios, o fideicommissarios, y sucessores particulares, porque no han de suceder mas que en ciertos bienes: ex quib. testator eum instituit. In specie dom. Molin. lib. 1. cap. 18. n. 12. ibi: *Is namque qui in quota bonorum institutus fuit, non vicem hæredis, sed legatarij tantùm rei particularis obtinet.* l. cùm autem. ff. legat. 2. & eod. lib. 1. cap. 10. num. 9. & 10. ibi: *Tertio casu quando Maioratus institutus fuit ex re particulari, vt ex fundo, domo, aut aliqua re certa, dicendum est in huiusmodi Maioratus successorem, nec transire actiones actiuas, nec passiuas: actio namque personalis nunquã sequitur singularem successorem, &c.* Et idẽ inquit eod. lib. 1. cap. 14. num. 8.

8 Y assi como es cierto que el testador instituyò a sus hermanas por sus herederas vniuersales, tambien lo es que ellas acetaron su herencia, porque consta del pleyto que muerto el hermano, se metieron por su propria authoridad en possession de todos los bienes muebles y rayzes que de el quedaron, y recibieron los frutos y renta dellos, ex qua possessione, & fructuũ receptione hæreditatis aditio inducitur. l. 1. C. repudiant. hęredit. qui text. valdè notandus est, por contener in proposito dos cosas singulares, vt notat cum alijs Valasc. infra citandus: la vna es, que basta quedarse el hijo en la casa en que viuio el padre, vt ex hoc eius hæreditatem adire censeatur, siendo que parecia dudoso este acto, porque podia el hijo quedarse en la casa de la viuienda del padre, como hijo y no como heredero. La otra es, que tiene tanta fuerça el habitar el hijo la casa del padre, vel quod magis est, ocupar y meterse en la possession de algunas cosas, o cosa q̃ del quedarõ, vt ex eo hęreditas adita censeatur; que procede aunque el hijo antes se huuiesse abstenido de la herencia, ex hoc namque abstentionem reuocasse, & hæreditatem adire præsumitur. concordat. l. 11. tit. 6. partit.

tit.6.& ideo hunc actum,& factum habitationis,& possessionis domus,vel alterius rei testatoris,ad inducendam hæreditatis aditionem,considerant vnanimiter DD.omnes, vtpote ordinar.tradunt Marant.in l.ijs potestad num.58.ff.acquiré. hæredit.Mantica de coniect.lib.12.tit.10.à num.16.optimè Valasc.de partitionib.cap.15.à num.10.Surd.decis.154.numer.19.Fontanela decis.87.num.6.Marta de succesion.leg.p.4.quæst.14.artic.2.num.35.

Ut præter

9 Neque obstabit si se dixere que las dichas Doña Maria, y Doña Clara se metieron en la possession de los bienes q quedaron del testador su hermano,como sus acreedores por razõ de grandes cãtidades que se dize les deuia como herederas ab intestato de Don Lope de Medina su hermano, y por tener parte y sus legitimas en algunos de los bienes que el testador dexò vinculados: Porque en quanto a lo primero, el ser heredero acreedor del testador, y principalmente por accion personal,no es bastante causa,ni titulo para poder tomar possession de los bienes hereditarios,prius namque præcedere debebat,pedir la deuda a persona legitima,probarla y auer sentencia,y en virtud della hazer execucion y remate, y que en èl se les rematassen los bienes por su deuda, y tomar possession de ellos por authoridad del Iuez: pero como nada desto precedio antes que las dichas Doña Maria, y Doña Clara se introduxessen en la possession de todos los bienes de el difunto su hermano,es sin duda auerse de entender y presumir que lo hizieron como sus herederas,& iure hæreditario, por no tener otro titulo ni derecho,y no ser legitimo el que se pretende ratione asserti debiti.l.extat. ff.quod met.caus.Azeuedo in.l.1. tit.13.lib.4.recop. num.92.

10 Y solamẽte dizen los DD.que el hijo heredero del padre, y juntamente su acreedor ratione dotis maternæ,o la muger instituida heredera por el marido,y tambien acreedora por la dote,non censebuntur hæreditatem adire,por quedarse en la casa en que viuieron juntamente con el padre y marido antes de su muerte,no tomando possession de otros bienes algunos,vt videre est ex Valasco dict.cap.15.num.17.ibi: *Quando filius habet in illa re ius aliquod præter ius hæredis, tunc enim non censebitur adiisse, nempe si res patris defuncti fuerunt obligatæ pro restitutione dotis matris.* Et num.18.ibi: *Vel si sit vxor hæres instituta à marito, nam si manet in possessione domus, non censebitur propter*

hoc

hoc adiisse eius hæreditatem, sed magis retinere iure hypothecæ, vsq; ad restitutionem dotis. Cancer. p. 3. variar. cap. 2 num. 239. ibi: *Et tradit exemplum de muliere à viro hærede instituta, quæ cum haberet dotem in bonis viri, mãsit in domo post eius mortẽ.* Marta dict. quęst. 14. art. 2. num. 38. ibi: *Qui dant exemplum in filio, qui in vita patris domum cum patre habitabat, & quia filius erat creditor dotis maternæ, ideo domum illam retinere poterat pro dote materna.* Et num. 39. ibi: *Idem in ipsa vxore cui debebant dotes restitui, nam & ipsam domum quam inhabitat cum marito mortuo, poterat retinere pro suis dotibus.*

11 Et Pręses Franchis, para escusar a vn hijo que era acreedor del padre por la dote de la madre, de auer adido y acetado su herencia, por auer tomado possessión de otros bienes vltra domum habitationis, considerò que la escritura de la dote tenia clausula que por la paga de ella se podria tomar propria authoritate la possession de los bienes de el padre, que se constituyò posseerlos precariamente en nombre de la muger, y venderlos sin las solemnidades de Derecho; y aun con todo esto fue necessario concurrir otra presuncion ad excludendum eam, quæ oritur ex possessione bonorum, vt inde hæreditas adita dicatur, vt videre est ex decis. 80. num. 11. ibi: *Secũdò dicebatur quod instrumenta dotalia, & ea quæ hodie fiunt in Regno, & maximè in Ciuitate Neapolis, habent clausulas ordinarias, quod in casu non solutionis, creditor possit propria authoritate capere bona debitoris, quæ debitor constituit se precario possidere nomine creditoris, eaque accipere, & ea vendere absque iuris solemnitatibus, huiusmodi erat instrumentum dotale matris Iulij Cæsaris: vnde præsumendũ est concurrente alia iuris præsumptione* (esta presuncion fue auer protestado antes el hijo, que no queria pagar las deudas de su padre, vt habetur en el num. 10.) *quod in dubio quis non videtur adire hæreditatem damnosam, quod potius vẽditio præsumatur facta virtute clausularum prædictarum, quam animo adeundi hæreditatẽ, &c.*

12 Igitur â fortiori no constando de la pretensa deuda, ni siendo liquida, y no pudiendo competir por ella mas que vna accion personal, vt infra dicam, no tuuieron por esta cabeça D. Maria, y Doña Clara titulo ni derecho para introduzirse en la possession de todos los bienes del difunto, y necessariamẽte se debe dezir que la tomaron como sus herederas iure & titulo hæreditario: y en terminos mas apretados, nempe en fideicommissario instituido heredero por el grauado, el qual

podia

podia pretender dominio en los bienes del fideicommisso, con todo si antes de purificarse tomô por su propria authoridad la possesion de ellos, quod eo ipso hæreditatem grauati adire censeatur, se juzgò en la Rota Romana, vt constat ex decis. 2. p. 4. in nouissim. quam refert & sequitur Marta digestorum nouissimor. tom. 5. tit. 1. cap. 26. in hęc verba: *Si de purificatione fideicommissi non constat, neque quòd fideicommissarius vniuersalis existat, possessionem propria authoritate capere non potuit, si autem neque iudicis authoritate cœpisse appareat, vti hæres possedisse præsumitur, &c.*

13 Quod verò attinet a dezirse que Doña Maria y Doña Clara tenian parte en algunos de los bienes rayzes que quedarõ de Don Francisco su hermano por razon de sus legitimas, y q̃ con este titulo se metieron en la possession de ellos, y no por querer acetar su herencia: Se responde facilmente, que ellas no solamente aprehendieron la possession de los bienes en que podian pretender deuerseles sus legitimas, sino tambien de todos los otros, y en aquellos que ellas confiessan comprô el dicho Don Francisco despues de la muerte de sus padres, q̃ son todos, o casi todos, como consta de su testamento, en los quales ellas no pueden pretender legitima, ni otra parte alguna, ni derecho Real, aunque se comprassen con dinero que D. Lope de Medina embiò de las Indias, vt in articulo tertio dicemus: y para que no se induziesse acetacion de herencia ex immissione in possessionem bonorum defuncti, no la deuiã tomar mas que de la parte que pretendian tener, vt iudicatũ est in Rota decis. 31. p. 2. in vltimis Ludouisij, quam refert, & sequitur Marta. d. tit. 1. cap. 28. ibi: *Licèt Episcopus ex fideicommisso paterno possidere se dicat, de illo tamen docere debebat, & vbi ita esset, solùm pro tertia parte in qua patris erat hæres, dicendum esset, ergo possidendo dimidium, & sic plus sua portione, hæreditatem adiuisse.*

14 Bien pudiera escusar todo lo que queda dicho en este articulo, porque por confession de Doña Clara de Medina consta que Don Francisco de Medina la dexô por su heredera, y a la otra hermana Doña Maria, y que ellas acetaron su herencia, pero vltra eius confessionem, quise fundar bien este punto, porque con el se excluyen totalmente todas las pretensiones de las partes contrarias, aunque todo fuera como ellos quieren dezir: consta pues que Doña Clara en su peticion foj 42. a la buelta, dixo las palabras que se siguen: *Mayormente considerã-*

dose

dose que mi parte y sus hermanos no solo son vsufructuarios, sino herederos en la propriedad por clausula expressa de el dicho fundador: Quid quæso clarius! Et iterum en la mesma peticion fojas. 43. a la buelta, ibi: *Porque como tengo alegado y es cierto, mi parte no solo es vsufructuaria de los bienes que con efeto fueren vinculados, sino dueño y señora dellos, porque aunque es asi que su hermano por vna clausula de la fundacion, quiere que goze el vsufructo ella, y su hermana, y el dicho Don Lope, por otra dize que los dexa herederos en la propriedad, &c.* Si ellas no auian acetado la herencia, no auia para q̃ põderar ni alegar que su hermano las auia dexado por sus herederas en la propriedad y vsufructo de sus bienes.

15 La confession de la parte y principalmente hecha en juyzio, es la mejor y mayor prueba, & quæ omnes alias superat. l. cùm te. C. transactionib. l. cum precum. C. liberal. caus. & est in proposito bonus text. in l. 1. in fin. ff. interrogator. actionib. ibi: *Et tantummodo ad probationes litigatorum sufficiunt ea, quæ ab aduersa parte expressa fuerunt apud iudicem, vel in hæreditatibus, vel in alijs rebus quæ in causis vertuntur.* Latè exornant Roland. cons. 71. à num. 40. lib. 2. Menoch. remed. 4. adipiscend. à nu. 100. & in proprijs terminis Cephal. cons. 393. num. 70. ibi: *Et respectu Ioannis Ciurani nihil difficultatis remanet, cum ipse quoque expresè fateatur se filium, & hæredem simpliciter Francisci, &c.* El Abogado contrario califica esta doctrina, y se vale della, aunque es en terminos muy diferentes, y en que ella tiene mucha controuersia (pero no tendrè lugar, ni tiempo para tratar de esto, y estar ya tocado en el otro Informe) porque en su Informe fojas 6. a la buelta, dize que vna confession que hizo el difunto Don Francisco en pleyto que tuuo cõ vn tercero, le prejudica a fauor de las dichas sus hermanas Doña Maria, y Doña Clara, que no fueron partes en aquel pleyto. Igitur à fortiori, &c.

16 Y no puede quitar el efecto y fuerça desta confession, auer dicho Iuan Gutierrez Tello, como padre y legitimo administrador de Don Francisco Tello, que las dichas Doña Maria y Doña Clara no eran mas que vsufructuarias en sus vidas, y que deuian dar caucion, porque esto dixo y pidio solamente respeto de los bienes del Vinculo a que estaua llamado, que en los otros nunca pretẽdio derecho alguno, ni los pidio, por ser cierto que pertenecian a las hermanas, como herederos q̃ en ellos eran del difunto, y en cuya possession se auian metido,

y en

y en los bienes del Vinculo, bien pudo dezir, como muchos dixeron, que Doña Maria y Doña Clara no eran mas que vsufructuarias, y deuian dar caucion, vt videre est apud dom. Molin. lib. 1. cap. 15. & 19. Quanto y mas que como ex supradictis, & ex confessione donæ Claræ secundùm iuris dispositioné clarissimè constet que su hermano la dexò, y a Doña Maria por sus herederas, y que ellas lo fueron, y acetarõ su herencia, aunque Iuan Gutierrez Tello huuiesse dicho otra cosa en contrario, id nihil intererat, mayormente no consiguiendo lo q̃ pidio; quia confessio, & multo minus allegatio circa ea quæ iuris sunt, & à confitentis potestate non dependent, confitenti non nocet. l. confessionibus, vbi Bart. in summario. ff. interrogator. actionib. & errore gestorum iuris veritas vitiari non potest. l. illicitas. §. veritas ff offic. præsid. exornant Graueta cons. 93. num. 1. Surd. cons. 425. num. 19. & cons. 5. à num. 42

ARTICVLO SEGVNDO.

17. PResupuesto como cosa sin duda, que Doña Maria y Doña Clara fueron herederas, y acetaron la herencia de Dõ Francisco de Medina su hermano, siguense de ahi dos cõclusiones, o principios tambien sin duda, con las quales queda sin embarazo alguno la justicia de D. Francisco Tello. la vna es, que las dichas Doña Maria y Doña Clara no tenian acciõ para poder pedir su asserta deuda: y la otra, que tambien no podian pedir parte que pretendiessen tener en los bienes que su hermano dexò vinculados. En quanto a lo primero, certissimo principio es, que quando el acreedor es heredero de su deudor y le sucede, se extingue por confusion la accion que contra èl tenia, y la razon es clara, porque no puede vna persona ser juntamente acreedor y deudor, ni concurrir en ella dos qualidades contrarias, como son accion actiua y passiua. l. debitori. C. de pact. ibi: *Debitori tuo si hæres extitisti, actio quam contra eum habuisti, adita hæreditate confusa est.* l. vt debitum. C. hereditar. actionib. Cancer. p. 3. variar. cap. 2. num. 166. Barbos. in l. quę dotis. 34. in princip. ff. solut. matrim. Menoch. cons. 89. num. 43. lib. 1. & his non citatis, nec alio quoquam præter Corrasc. contra eius morem, domin. Castillo lib. 1. de vsufructu cap. 71. num. 1. ibi: *In primis constituere necessarium duxi, debiti confusionem successione fieri, quoties creditor debitori, aut è diuer-*

ſo debitor creditori ſuccedit, ratio eſt, quia hæres defunctum repræſentat, ſiue fictione iuris eadem perſona cenſetur cum defuncto, atqui nemo ſui ipſius creditor eſſe, aut debitoris, & creditoris perſona fungi poteſt, cum actio, & paſsio in eodem ſubiecto non concurrant, quod ſingulariter animaduertit Ioann. Corraſc. &c.

18 Y no ſolamente induze la acetacion dela herécia el dicho efeto de confundir y extinguir la accion, ſino que tambien tiene fuerça de paga, vt probant iura in l. Stichum 95. §. aditio. ff. ſolutionib l. ſi debitori creditor. 51. ff de fideiuſſoribus Barboſa in dict. l. quæ dotis, in princip. ibi: *Item & ſecundò præmittendum eſt, quod aditio creditoris, non ſolùm inducit confuſionem actionis, & ſic eximit perſonam debitoris ab obligatione, ſed aliquando habet vim ſolutionis.* Peregrin. de fideicommiſſ. artic. 35 à n. 15 vbi num 16 inquit, quod hæc ficta ſolutio, quam lex ex ſua poteſtate inducit, non minus poteſt, & valet quam vera ſolutio: & num. 17 tradit cum Bart. habere vim ſolutionis iudicialis cum authoritate iudicis.

tamen

19 Eſt tandem aduertendum, que entre eſtos dos efectos que tiene la adicion de la herencia, de confuſion y paga, ay eſta diferencia, que la confuſion ſiempre y en todo caſo, y en opinió de todos los DD. ſe induze, ita vt creditor propter eam nunquam debitum ab hereditate petere poſsit, por las razones referidas. d. l. vt debitum, in fin. ibi; *Debiti petitionem extingui per confuſionem non ambigitur.* Barboſ. vbi proximè, en quanto pone eſte efecto dela confuſion por regla general. Seſſe deciſ. 46 donde tratando deſde el num. 12 la queſtion: Si por la adició de la herencia ſe confunden no ſolamente las acciones perſonales, ſino tambien las hypothecarias, deſpues de hazer diſtincion de muchos caſos, dize en el num. 31. que quando el heredero tiene hypotheca en los bienes del difunto por deuda q̃ el meſmo le deuia, ſer entonces ſin duda, que aſsi como ſe cõfunde y extingue la accion perſonal; ſe extinge tambien la hipothecaria, & quod hæres non poterit agere aduerſus tertium rei hypothecatæ poſſeſſorem. Y concluye con eſtas palabras que prueban el intento: *Quomodo ergo habebit locum hypotecaria in caſu iſto, ſi hæres non poteſt dicere aliquid ſibi deberi à defuncto.*

20 At verò el otro efecto de induzirſe paga de la deuda, no tiene lugar en opinion de muchos DD. quando ex ea ficta ſolutione, reſulta daño a el heredero, pero no ſe ha de entender, ni auer por daño, no hallar el heredero en la herencia con que

hazer

hazerse pago, pagando las otras deudas, y los legados. El daño pues que en este caso se considera, y en que se dize que no incurre el heredero, es quando por razon de essa paga fingida q̃ la ley induze, pretendiere quedar desobligado otro tercero, vt in terminis l. Vranius. ff. de fideiussorib. donde auiendo sucedido el fisco a vno de los correos debendi, y despues al acreedor de ambos, pretendian el otro correo y su fiador, o mandator, estar desobligados sub pretextu de auerse induzido confusion y paga dela deuda por las dichas sucessiones: o tambien quando el heredero quedare obligado a otro, cui non obligaretur, si aditio vim, & effectum solutionis non haberet, vt in dict. l. quæ dotis, in cuius specie vna muger prometio cierta cantidad en dote a su marido, & quosdam interposuit, qui ab eo stipulati sunt dotem, seu partem illius soluto matrimonio sibi reddi: antes de pagar la dote murio la muger, dexãdo por heredero a el marido, el qual acetò la herencia, en que no huuo con que pagarla a los que la auian estipulado. Preguntòse a Africano, si la deuia pagar el marido? Respondio que si. Es el texto dificultoso, porque el marido se obligò en caso que su muger le pagasse la dote, y si no fuera heredero de su muger, era sin duda que no se le pagando, no la deuia restituir. Y assi siente expressamente el Consulto, que la adicion dela herencia habet effectum solutionis, aũque ex hac ficta solutione heres alteri maneat obligatus, & damnum incurrat: y por esto en opinion de aquellos DD. tiene el lugar muchas y diferentes inteligencias, vt ibidem videre est ex Barbosa, el qual omnibus reiectis resuelue, y pone por regla general, que por la acetacion dela herencia se induze paga, vt videre est num. 6. ibi: *Reiectis igitur DD. traditionibus in hac materia, pro vera resolutione concludendum est, generaliter aditionem creditoris habere vim solutionis, quasi creditor adiens sibi ipsi soluerit*. Pareciome necessario aduertir esto, porque si acaso las partes contrarias hallaren algunos Doctores (que no refiero por no importar este punto a lo que voy probando) que dizen que por la adiciõ de la herencia no se induze paga, quando por razon della viene daño a el heredero, se entienda de que daño hablan, y que para nuestro intento, vt scilicet debitum ab hæreditate peti non possit, basta que solamente se induza el otro efecto de la confusion, y extincion de la accion: iuxta dict. l. vt debitum.

21 Esto que auemos dicho circa confusionem & extinctionẽ

actionis

actionis, tiene oy tambien lugar si el heredero no haze inuentario, & vltra queda obligado a pagar las deudas, y legados particulares y singulares por entero, sin diminucion ni detraccion alguna. l. fin. §. sin verò, & §. vltim. versic. Siquis autem, C. iure deliber. optima l. part. 10. tit. 6. part. 6. Valasc. de partit. cap. 8. num. 15. & cons. 52. num. 1. & 2. Sesse decis. 46. à nu. 6. vbi optimè declarant quid per beneficium inuentarij fuerit innouatum circa creditores, & legatarios, constat autem que ni Doña Maria, ni Doña Clara hizieron inuentario de los bienes que quedaron por muerte de Don Francisco su hermano, qua ratione ni podian pedir su pretẽsa deuda, y los bienes vinculados se deuen entregar a Don Francisco Tello sin diminucion, ni distraccion alguna, por ser en ellos legatario y sucessor singular, como arriba queda probado.

detraccion

22 Quod verò attinet a la otra conclusion, nempe que las dichas Doña Maria y Doña Clara, por ser herederas de su hermano, no podian pedir parte alguna que tuuiessen en los bienes que dexò vinculados por titulo de legado, ò fideicommisso particular, nombrandolos especificamente; tambien es cierta y sin duda, porque de la mesma manera q̃ el testador puede legar sus proprias cosas, assi tambien puede legar la de sus herederos. l. vnum ex familia. §. si rem. l. cum filius. §. dominus. ff. legat. 2. §. Non solùm, instit. de legat. Lo qual procede aunque el testador pensasse que la cosa que legaua era suya, y no del heredero d. §. si rem: quod secus est quando se lega de otro que no es heredero. l. cum alienam. C. legat. Y procede tambien aunque el testador tenga parte y derecho en la cosa, porque no solamente es visto legar su parte (prout est regulare, quando se lega cosa que no pertenece a el heredero. l. serui, electione. 5. §. final. ff. legat. 1.) sino tambien la del heredero. d. §. Dominus. Tradunt hæc omnia domin. Præs. in cap. filius noster, num. 3. de testament. Pichardo in d. §. Non solum à num. 66. Molin. de iustiti. tract. 2. disput. 196. Fontanela de pact. clausul. 4. glos. 5. à num. 32. Et in proprijs terminis que se puede instituir Mayorazgo en la cosa del heredero, y q̃ vale la institucion: domin. Molin. lib. 2. cap. 10. num. 70. ibi: *Quæ in re dicendum est, quod si primogenium fiat de re hæredis valebit, etiã si testator ignorans rem esse suam, id fecerit.*

23 El Abogado contrario a el tiempo que hizo su Informe, conocio muy bien que con lo que se ha discurrido en este segundo

gundo articulo y en el primero, se excluye sin controuersia la pretension de sus partes, y por esto auiendo dicho en el pleyto en su peticion foj. 42. & seq. que arriba citamos tan clara y abiertamente, que las dichas Doña Maria y Doña Clara auiã sido herederas de Don Francisco su hermano en la propriedad y vsufructo de sus bienes, agora dissimulando y callando, ni aun quiso dezir que el dicho Don Francisco las dexàra por sus herederas, sino tansolamente (como parece foj. 4. a buelta in princip.) que en lo remaniente de su hazienda llamaua por herederos, los q̃ dexaua llamados a el Mayorazgo por el orden de el, y que estos venian a ser Don Lope de Medina, si viniera a España, cuya instituicion se caducâra, y por su falta a D. Frãcisco Tello, que hasta agora no auia acetado la herencia. Y cierto que el darse el Abogado por tan desentendido, & quod magis est, callar, y querer encubrir auer dexado tambien Dõ Francisco por sus herederas a sus hermanas, constando tan claramente del testamento, es para mi el mayor apoyo de lo que dexamos fundado.

ARTICVLO TERCERO.

24 AQui auemos de conceder (aunque sin perjuyzio) todo quanto quieren las partes contrarias, a saber que Don Francisco de Medina era deudor a sus hermanas de cantidad de dinero del que Don Lope le embiô de Indias, y que con el dicho dinero comprò Don Francisco parte de los bienes que dexò vinculados, y que en los otros tenian sus partes por razon de sus legitimas, y finalmente que ellas no fueron sus herederas; aun dado y concedido todo esto, no son las partes contrarias contradictores legitimos para poder impedir darse a Don Francisco Tello la possession y amparo que pretende de todos los dichos bienes.

25 Para lo qual supongo breuemente que aunque Don Francisco de Medina compràra los bienes con dinero que D. Lope su hermano le embiô de Indias, no se adquirio por esta cabeça a el, ni a sus herederos derecho Real en ellos. l. si ex ea pecunia. 6. C. rei vendic. Gom. in l. 50. Taur. nu. 36 dom. Præses in cap. 1. de testament. num. 5. Fontanel. clausul. 7. glos. 3. part. 15. à num. 26. quod procedit etiam si pecunia sit dotalis vel pupillaris. l. ex pecunia 12. C. iur. dot. Giurba decis. 111.

Phebo decis.160.num.3.p.2.Noguerol allegat.7.â num. Atque ita Don Lope, y las dichas sus hermanas que dizen fueron sus herederas, no tenian mas que vna accion personal para poder pedir las dos partes deste dinero, porque la otra tercia parte, como ellas confessaron, tocaua a el dicho Don Francisco por tambien auer sido heredero del dicho Don Lope.

26 Hoc sic breuiter supposito, digo que es regla y conclusion sin controuersia, como ya arriba toquê, q̃ el acreedor y principalmente personal, no puede tomar por su propria authoridad los bienes de su deudor, y si los toma, los deue luego restituir, y ademas desto pierde la accion y derecho que tenia para pedir la deuda, y incurre en otras penas: text. est in l. creditores. 7. ff. ad leg. Iul. de vi priuat. vbi Calistratus in hæc verba: *Creditores si aduersus debitores suos agant, per iudicem id quod deberi sibi putant, reposcere debent, alioquin si in rẽ debitoris sui intrauerint, id nullo concedente, diuus Marcus decreuit ius crediti eos non habere.* Et ad fin ibi: *Quisquis igitur probatus mihi fuerit rem vllam debitoris, vel pecuniam debitam, non ab ipso sibi sponte datam, sine vllo iudice temerè possidere, vel accepisse, isque sibi ius in eam rem dixisse, ius crediti non habebit.* Este decreto y sus palabras refiere otra vez el mismo Calistrato in l. extat. 13. ff. quod met. caus. porque como dize Vlpiano in l. 137. ff. regul. iur. non est singulis cõcedendum, quod per Magistratum publicè possit fieri. Et in l. 1. §. etenim. ff. quor legator. ibi: *Etenim æquissimum prætori visum est, vnumquemque non sibi ipsi ius dicere occupatis legatis, sed hoc ab hærede petere, rediguntur igitur ad hæredem per hoc interdictũ, ea quæ legatorum nomine possidentur.* Concorda y aun con mas aprieto la ley de Soria, que es la 3. tit. 13. lib. 4. recopil. latissimè rem agunt, & explicant Menoch. toto remed. 5. recuper. posses. Farinat. quęst. 175. à num. 2. vbi n. 4. ampliat in muliere, & alias multas ampliationes adducit optima decis. Lucẽs. 1. p. 1. apud Ioseph. Ludouic. â num. 17. Azeuedo in l. 1. tit. 13. lib. 4. num. 91. ibi: *Quid tamen si rem propriam ab alio possessam inuadam, vel quia debitum mihi soluere nõ vult, propria authoritate cœpi rem debitoris æquiualentem, an pœna huius legis tenear, & glos. magna in l. si quis in tantam tenet quod sic.* Notese que hablan la Glossa y Azeuedo en deudor que no quiere pagar, y en el caso de este pleyto aun no ay quien diga que no quiere pagar las deudas que por modo legitimo constare deuia el fundador.

27 La disposicion destos textos y su regla no està, ni se halla

limi-

limitada, ni alterada en cosa alguna en acreedores de fundador de Mayorazgo, antes de los mesmos authores que el Abogado alega en su fauor, y de que tanto se vale foj. 2. a la buelta cum seq. consta que estos deuen pedir sus deudas, y auer sus pagas por la ordé y forma q̃ el derecho ordena, y no de otra manera, porque de tres modos dizen que se puede fundar Mayorazgo en testamento, de toda la herencia, o de todos los bienes que es lo mesmo, o de cierta parte, o quota della, o finalmente de quota de bienes, o de algunos ciertos y especificados. En los dos primeros casos asientan que el sucessor en el Mayorazgo es heredero, y passan en él las acciones actiuas y passiuas, y que como tal heredero deue pagar las deudas. Y en el vltimo caso dizen que si huuiere heredero, el està obligado a las deudas, y que si no bastaren los bienes libres, sacarâ lo q̃ faltare de los vinculados.

28 Pero veamos agora si de que se ayan de pagar las deudas de los bienes vinculados en la forma dicha en el tercero caso, q̃ es el nuestro, se podrà inferir esta consequencia Ergo creditores fundatoris Maioratus poterunt eius bona propria authoritate capere. Por cierto que nadie en el mundo sacarà, ni admitirâ consequencia tan absurda, y tan encontrada cõ las reglas y principios de Derecho referidos; ademas de que se seguiria que el acreedor estaria en possession de la cosa sin tener derecho alguno en ella, y antes de cõstar de su deuda, y el sucessor del Mayorazgo, que es señor y posseedor por ministerio de la ley, fuera de ella: quo etiam nihil absurdiùs, si Don Francisco de Medina fuera viuo, y sus hermanas quisiessen tratar de su pretensa deuda, cierto es que la deuian pedir en la forma ordinaria, y que en ninguna manera, eo prętextu, se podian meter en la possession de sus bienes, pues esto mesmo se deue dezir eo mortuo, porque su muerte no dio mas derecho a sus hermanas, cõsiderandose como acreedoras; ni sus herederos o sucessores que estuuieren obligados a la paga desta asserta deuda tienen menos, sino antes el mesmo que èl tenia, quia vt inquit text. in l. 2. §. ex his ff. verbor. obligat. Qualitas, & conditio obligationis ex persona hæredum non immutatur.

29 Passar las acciones passiuas en los herederos, o otros sucessores, no es, ni importa otra cosa mas que estar obligados a pagar las deudas, y auer de ser conuenidos por los acreedores. l. 1 C. hæreditar. actionib. ibi: *Pecuniam quam tibi à matre debitã fuisse dicis*

se dicis, à cohæredibus tuis petere debes. l. si adulta. C. eod. tit. ibi: *Debitum à cohæredibus pro besse petere non prohibetur.* Et agens de creditorib. fundatoris Maioratus, dom. Molin. lib. 1. cap. 10. num. 8. ibi: *Vbi actiones passiuæ dantur aduersus hæredes.* Et num. 14. ad fin. ibi: *Quamuis Titius sit à principio simul hæredes, ac prælegatarium conuenire.* Esto mesmo dize el Padre Molina alegado de contrario, disput. 640. num. 2. ibi: *Vtique creditores ipsi agere immediatè aduersus hunc successorem Maioratus possent, vt quod insuper haberet, restitueret.* Et ad fin. ibi: *Concederetur creditoribus actio immediata aduersus illum; vt inde debita defuncti solueret.* Desuerte que los acreedores son los que deuen pedir a el sucessor en los bienes de Mayorazgo, y no èl a ellos, como los contrarios intentan, preuirtiendolo todo..

tutius

30 Y es aqui mucho de aduertir, que no toca a los acreedores, ni ellos pueden meterse en quales y quantos deben ser los bienes que deuen quedar vinculados, ni tampoco que primero se deuen sacar las deudas, sino tan solamente pedir lasque entendieren se les deue a las personas que estuuieren obligadas a su pagamiento, que son lasque los authores citados dizen: la otra question de auerse de sacar primero las deudas, es para entre el heredero si lo huuiere, y el sucessor singular de el Mayorazgo, vt videre est ex doctrina Molin. dict. cap. 10. & clariùs ex altero Molin. dict. disput. 640. num. 2. post medium, ibi: *Aut petere* (scilicet creditores) *vt curator daretur qui solueret æs alienum totum, & quod superesset eo integrè soluto traderet, tanquam bona defuncti vocato ad Maioratum, cautione ab eo præstita, vt si ampliùs debere defunctum postea appareret, id etiam ex eisdem bonis persolueret.* Et num. 4. ibi: *Quod si post acceptam eam portionem, detegatur plus æris alieni defuncti, vnde intelligatur plus accepisse vocatũ ad Maioratum, quam ad illam quotam bonorum attineret, tunc creditores agunt aduersus hæredes, & non aduersus hunc; hæredes verò agũt aduersus hunc cõdictione indebiti, repetendo quod plus rceperat, plusq; ei per errorem fuit solutum, quam ei quotæ bonorum Maioratus esset debitum.* Por manera que es sin duda que los acreedores no pueden impugnar la fundacion del Vinculo, ni meterse en si podia, o no el fundador vincular tantos bienes, porque de aqui ningun daño les resulta, por les quedar en saluo el derecho q̃ tienen para pedir sus deudas.

31 Hinc etiam clarisimè infertur, que por razon dellas, y an

tes

tes de facarse no pueden dezir que no se sabe con certeza que bienes son los que han de quedar vinculados, y assi que ante quam soluantur no tiene lugar la disposicion de la ley 45. porque como queda dicho, no les toca meterse en estas deduciones, ni si despues de hazerse, quedarā en saluo, y libres por entero los bienes vinculados, sino tan solamente a el heredero, o successor vniuersal del Vinculo, tam respectu sui ipsius, quàm respectu successoris singularis in Maioratu, ac proinde respectu creditorum, como conste de fundacion de Mayorazgo, y en que bienes se instituyò, siempre tiene lugar la d.l.45 mayormente que iuxta supradicta, hablan los acreedores en este particular sin interes ni prouecho alguno, porque como ellos no han de tener la possession de los bienes, y deuen conuenir a el heredero del fundador, o otro sucessor de sus bienes, nihil eorum interest que los possea este, o aquel, & cum agāt siue excipiant sine interesse, audiendi non sunt, imo repellē. di.l.1.ff.appellat.non recip l ille à quo §.si de testamento. ff. ad Trebel Surd cons.213.num.15.Ioseph.Ramon cons.5.n. 35. Y podia Don Francisco Tello dezir a Doña Clara, quoad te liberas ædes habeo, vt aliàs in l.loci corpus §.competit in fin.ff.si seruit.vendic.Thesaur.decis.4.num.6.& in simili Ramon dict.num.35.

32 Y assi como es regla q̄ el acreedor por razō de su deuda, no puede por su propria autoridad tomar la possession de los bienes de su deudor, assi tambien lo es que no puede retenerlos, si por alguna via fueren a su poder.l vltim.C.commodato.l. si non inducta.5.C in quibus caus.pign.ibi: *Nec enim prætextu debiti pensionum, restitutio eorum morari potest, cum si quid sibi deberi domina fundi ex pensionibus, vel quacumque ratione probare possit, huius solutionem solemniter fieri conuenit.* Iass.in l si non sortem. §. si centum.ff.condict indeb.Barbosa in l.diuortio.§.ob donationes num.4 ff solut.matrim.ibi: *Vnde videmus pro regula cōstitutum, prætextu debiti, res alienas retineri non posse.* Surd.de aliment.titul.9.quęst.32.num.53.ibi *Quia regulariter vna res pro alia retineri non potest.* Donelo in dict l.vlt.vbi rationē reddit.

33 En tres casos puede el acreedor retener por su deuda la cosa de su deudor, vno es quando fue a su poder por causa de la mesma deuda, & ipsius debitoris facto, y en estos terminos habla el dict.§.si centum.Surd.decis.46.num.12.& dict.nu.53 ibi: *Tamen competit retentio, quando res illa peruenit ad creditorem*

ex causa illius debiti, pro quo vult retineri. El otro es, quando la cosa se dio en prẽdas por vna deuda, y despues se contrae otra, porque aunque esta sea sin prenda, se puede retener por ella la que se dio por la primera: este es el caso especial en que habla la l. vnic. C. etiam ob Chyrographar. pecun por la razon que da Negusancio de pignorib p. 5. memb. 3. à num. 49. Trentacinq. variar. titul. de pignorib. result. 1 Fontanel. decis. 208. n. 18. El vltimo es por expensas y mejoras que el posseedor de buena fee aya hecho en la cosa, pro eis namque à possessore retineri poterit l. si in area ff condict. indebit. quia quantum valent, tantum ipso iure de re detrahunt. Barbos. in dict. §. ob donationes, num. 4. Donel. in dict. l. vlti. C. commodat. in fine. Desuerte que en todos estos casos se supone que la cosa que se retiene, entrò en poder del acreedor por titulo y causa justa: planè en ninguno destos casos estamos in præsenti, por donde no puede auer lugar retencion, la qual nunca se permite quando la cosa llegò con vicio a el que quiere retener. Surd. consl. 4. num. 40. Gutierr. lib. 2. canonic. quæst. 8. nu. 62. ibi: *Quia cum res peruenit cùm vitio ad creditorem non potest eam retinere pro debito, sed cogitur eam restituere.* Vt in cap fin. de ordin. cognit. l. 1. §. rediguntur. ff. quor. legat. Y principalmente siendo la deuda incierta y no liquida, vt cum Negusant. tradit Barbos. in l. diuortio. §. final. p. 2. num. 29. ff. solut. matrim. ibi: *Quamuis aliàs propter debitum incertum, & non liquidum non permittatur retentio.* Todo lo qual concurre en el caso de este pleyto, porque Doña Maria y Doña Clara como acreedoras, no podian vt tales tomar possesion de los bienes de su hermano, y su pretensa deuda es incierta y iliquida, y tambien porque se deuen descontar los frutos y rentas que dellos recibieron. l. 1. & 2. C. pignoratit. action. Giurba decis. 60. num. 23. ibi: *Sed opposita deductionis exceptio est illiquida, cùm ignoremus quid pro duabus tertijs partibus fructuum, ad quas condemnauit sententia, deducẽdum sit, at qui exceptio illiquida liquidum actoris ius non impedit, sed ordinario in iudicio reseruatur.* Et n. 25. in fin. ibi: *Neq; ad impediẽdum actũ aliquem idem iudicamus de casu dubito, & pendente, quod de certo, ne certum per incertum cõfundatur. l. Titiæ ex ores. ff. legat. 1.*

34 Deinde quando se deua, y este liquida la deuda, està segurissima su paga por los bienes vinculados, los quales por ser todos rayzes, y estar especificados en el testamento, no se pueden ocultar, ni tampoco enagenar: y en estos terminos basta

basta que Don Francisco Tello diga y ofrezca verbalmente, que constando de la deuda, y liquidandose y pudiendose pedir, y deuiendo él pagarla como successor en los dichos bienes, la pagara, vt cum Alex. tradit Barbos. in l. diuortio. §. final. p. 2. num. 40. ad fin. ff solut. matrim. Pero no siendo el derecho que resulta desta pretensa deuda claro y liquido, sino antes muy incierto y turbido, y que para poder auer sentencia y condenacion sobre ella, requirit altiorem indaginem, y no basta en manera alguna la prueba que se hizo en el pleyto, no se puede impedir con el darse a Don Francisco la possession y amparo que pide, por tener su derecho cierto y claro, fundado en vn testamento sin vicio, y en la disposicion de la ley 45. vt infra dicam, quando trate de la pretension por razon de las legitimas.

35 Quanto y mas que el que no funda su pretension mas que en accion y derecho personal, no es, ni puede ser parte para impedir meterse en la possession de los bienes la persona que en ellos tiene derecho. sic Rota Roman. apud Paul. Rubeum decis. 5. num. 4. donde se trata de vno que pretendia impedir darse la possessió a vn fideicōmissario, sub prætextu de deuersele en ellos su legitima; y decidiose q̃ ex hac causa no era parte por no competirle mas que vna accion personal, vt patet ibi: *Atque ita actione personali pro qua non competebat retentio, aut impediri poterat immissio*. Y el señor Don Iuan del Castillo libro 3. controuer. cap. 24 tratando latissimamente â num. 144. quis dicatur legitimus contradictor in materia. l. vltim. C. edict. Diui Adrian. resuelue ex omnium mente, que ha de ser posseedor con titulo verdadero, justo y habil para transferir dominio, y auido ante testatoris mortem: lo qual falta omnino en las partes contrarias, vt ex dictis satis apparet. Y si esto es assi en el remedio dict. l. vltim. idem à fortiori dicendum erit en el remedio de la ley 45. porque por ella se passa luego en el successor de Mayorazgo la possession ciuil, y natural.

36 En quanto a la pretension por razon de las legitimas de D. Maria y Doña Clara, se excluye cō lo que acabamos de dezir, a saber que el acreedor, y principalmente por accion personal, no puede tomar por su propria authoridad, possession de los bienes de su deudor, ni es parte legitima para impedir darse al deudor la que pidiere: porque el hijo para pedir y auer la legitima que le tocare, no es, ni tiene mas derecho que vn acree-

dor

dor personal. Valasc. de partit. cap. 18. nu. 33. Gratian. discept. forens. cap. 366. num. 3. Giurba ad statut. Messan. cap. 4. gloss. 4. num. 10. Surd. de aliment. tit. 3. quęst. 1. num. 32. & in specie, que el hijo por la legitima que no se le pagò, no puede tomar por su propria authoridad possession de los bienes: tradit additio ad gloss. verbo, Exigere, in l. omnimodo 30. C. inofficios. testam. in fin. ibi: *Item adde quod filius pro sua legitima non soluta, non potest possessionem sua authoritate occupare, vt dicit idem Bartol. in l. 2. infra. C. quando, & quib. quarta pars debeatur, lib 10. &c.* Et cum Bald. & alijs Paul Rub. decis. 9. nu. 7. & d. decis. 5 num. 4. Y conforme a esto si Don Francisco de Medina fuera viuo, y sus hermanas quisiessen tratar de sus legitimas, no auian, ni podian entrar ocupando la possession de los bienes en q̃ èl estaua, sino pedirlas via ordinaria y juridica, y lo mismo deuian hazer despues de su muerte con sus successores, porque como ya dixe arriba ex l. 2. §. ex his. ff. de verbor. obliga. la calidad y condicion de la accion y obligacion no se muda ex persona successorum.

37 Demas de que por el instrumento foj. consta que se hizo particion de los bienes que quedaron por muerte de Doña Francisca madre del fundador, entre êl y las dichas sus hermanas, y que en ella se le adjudicaron la heredad de la Atalaya, y los otros bienes rayzes, por la qual adjudicacion se le adquirio el dominio dellos. §. final, institut. de offic. iudic. in fine, ibi: *Id statim eius fit, cui adiudicatum est.* Valasc. de partition. cap. 2. num. 6 Noguerol allegat. 20. num 14. Barbos. in rubr. p. 3. num. 38. ff. solut. matrim.

38 Y dado sin perjuizio que no se huuiera hecho la dicha particion, era esta excepcion por causa de las legitimas, no clara ni cierta, sino antes muy obscura, incierta y iliquida, porque primero devia constar de los bienes que auian quedado de los padres de las dichas Doña Maria y Doña Clara, y hazerse particion dellos, para poderse saber, quanto era lo que les tocaua, y assi era fuerça que esto se reseruasse para el juizio de la particion, como cosa que por agora es de todo punto incierta y obscura, y que requiere altiorem indaginem, & per consequens no es deste juizio possessorio, vt cum Domin. Molin. lib. 3 cap. 4 num. 38. & cap. 13. num. 43. & Domin. Grego. Lopez in l. 2. titul. 14 part. 6. & aliis pluribus tradit optimè Ioseph Ramon consi. 79. num. 13. cuius verba, dexãdo las alegacio-

Ve Paul. Ruben decis. 301. n. 17 et decis. 3?7. n. 3.

gaciones, son las que se siguen: *Cuius hæredis scripti in missionē, aut confirmationem possessionis, nemo valet impedire, nisi qui vacantem possessionem adeptus sit; habueritque titulum clarum, & nequaquam obscurum, aut requirentem altiorem indaginem, titulo dicti hæredis scripti similem, vt omnes in hoc conueniunt, qui ponunt casum in fideicommissario non habente fideicommissum clarum.* Y prosiguiendo dize: *Hæc clarissime comprobauit Senatus ad relationem magnifici Baltasaris Morel, vbi fuit data possessio don Michaeli de Cardona; quia Don Ludouicus non docebat de titulo claro; & ad relationem magnifici domini Astor, vbi fuit declaratum nobilem Ioannem hæredem scriptum in testamento Victoriæ filiæ suæ, in possessionem bonorum à dict. Victoria possessorum esse immittendum, amoto Don Ferdinando fideicommissario dictorum bonorum expressè nominato in testamento patris; quia faciendæ erant detractiones, & negotium requirebat altiorem indaginem, reseruando iura don Ferdinandi ad iudicium petitoriū, vt ita fieri volunt scribentes supra relati.* Esto que dize de la exclusion del fideicomissario, y ser assi determinado tātas vezes en el Senado, sin embargo de tener llamamiento expresso, es en terminos para excluir la pretension de las partes contrarias sobre la heredad de la Atalaya, sub prætextu de tener llamamiento en el Vinculo que en ella fundô Doña Francisca de Rojas madre de nuestro fundador, de cuya pretension se trata en el otro informe de Don Francisco Tello â num. 21. quibus hæc à Ramon adducta, addenda sunt.

adde Surdi dec. 55. à n. 7. et dec. 36 n. 3. p. 1.

39 Et in specie en pretension por razon de legitima, sic in Rota Rom. iudicatum testatur Paul. Rub. decis. 121. vbi nu. 1. & 2. sic inquit: *Et ex solo titulo legitimæ, quatenus de eo doceretur, nō potest impedire immissionem per fideicommissarium petitam, quia legitima non prius debetur, quam deducto ære alieno, & cum sit quota bonorum, non autem hæreditatis, ideo semper expectatur liquidatio, vt sciatur quantum debeatur, nec filius aut habens causam ab eo potest non facta liquidatione agere, Surd. plene cons. 248. num. 17. & 24. Mastrillo decis. 64. Franch. decis. 127. num. 1.* Y aprieta esto mas en el nu. 7. aunque el hijo aya tomado possession, vt patet ibi: *Demum nullum potest constitui fundamentum in possessione Beatricis, vel domini Iulij ex persona illius, quia non probatur quod illa vnquam possederit hæreditaria bona Angelæ matris* (sic est in præsenti, porque nunca Doña Maria, ni Doña Clara, como ellas cōfiessan,

posseyeron en vida de Don Francisco su hermano, los bienes que dizen quedaron de sus padres) *& quod magis est si reperirentur propria authoritate occupata, vel apprehensa per eandem Beatricem, vel dominum Iulium, aut alios hæredes, adhuc talis possessio non releuaret ad constituendum legitimum contradictorem, tã quam de possessione in certa ratione loci & quotæ, cum ante liquidationem legitimæ nõ debeatur.* Cita a Bart. Menoch. y otros muchos, pero no cita a Hieronymo Laurẽcio en la decisiõ 52. la qual es muy notable, & videnda para este particular, de que no importa tomar el hijo possession por razon de su legitima para ser legitimo contradictor contra quien tenga derecho para pedir la possession: y prosiguiendo Paul. Rub. concluye en el numero 9. diziendo: *Quod verò ad titulum ex testamẽto Beatricis, circunscripta possessione inualida, non etiam ille potest allegari ad impediendam immissionem per fideicommissarium petitam; quia semper obstat defectus liquidationis, & certitudinis quotæ partis legitimæ.* Conducit quod tradit Faber decis. 3. C. in offic. testam. filiũ non posse propria authoritate eligere bona pro sua legitima, igitur multo minus tomarlos todos.

40 Quiero concluir este papel (porque me tengo alargado mas de lo que pensaua) con otra decision del mesmo Paulo Rub. 67. que parece contiene in indiuiduo el caso deste pleyto con todas sus circunstancias, si bien en parte mas apretadas, y que se hizo para exclusion de las partes contrarias: el dela decision fue, que vn Gerardo instituyô por su heredera vsufructuaria a Cleria su hermana, y muriẽdo sin hijos instituyò por su heredero a vn Conuento; Cleria, muerto el hermano, hizo inuentario de sus bienes, pero con protesta de que muchos de ellos no eran suyos, porque pertenecian a la herẽcia de su madre, y de otro hermano, en losquales ella tenia su parte como heredera de ambos; como aqui dixo Doña Clara, y viniẽdo a morir sin hijos, dispuso delos bienes en fauor de vn Marcos, como la dicha Doña Clara hizo en fauor de las partes cõtrarias; contra el qual el Conuento pidio la possession en virtud del testamento de Gerardo, y determinôse en la Rota que se le diesse sin embargo de las dichas pretensiones y excepciones: a que Paulo Rubio responde desde el numer. 19. por estas palabras.

41 *Neque obstat* (dize) *quod Cleria hæredem Marcũ instituerit, quia*

cum

cum per obitum d. Cleriæ extinctus fuerit vsusfructus, propterea dict. Marcus dato etiam quod possideat, non est legitimus contradictor ad impediendam immissionem à patribus petitam, nam quoad bona relicta per Gerardum, nullum habet titulum; cum ille prouentat a dict. Cleria, quæ contra dispositionem dict. Gerardi testatoris sui auctoris, non poterat efficere vt talia ad alium peruenirent, quam ad ipsos patres, quos ipse Gerardus proprietarios instituerat, & ideo immediatè voluit ad eos peruenire, absque alia hæredis restitutione (assi procede tambien en los successores de Mayorazgo, porque por la disposicion de la ley 45. no necessitan de restituicion, vt per domin. Molin. libro 3. cap. 12.) *quare cùm dictus Marcus non habeat titulum quoad bona relicta per Gerardum, vel non parem, non est legitimus contradictor aduersus partes venientes cum titulo, & probantes Gerardi auctoris sui possessionem, neque dicatur sufficere quod Marcus exhibeat titulum apparentem ex testamento Cleriæ, quia quidquid dicendum sit, an ipse possideat, quatenus id esset verum, obiectum procederet, nisi in continenti appareret huiusmodi apparentem titulum nullum esse, neque obstat quod Marcus ex persona Cleriæ prætendat plura bona spectare ad hæreditatem matris, & Ioannis Baptistæ fratris d. Cleriæ, quia cũ Gerardus possideret omnia dicta bona, vtique patribus debetur immissio in dict. bonis, absque eo quod discutiatur dominium eorundem bonorum: cùm enim inspectio an bona fuerint matris, vel fratris, & an pertineant ad Cleriam, requirat altiorem indaginem, non debet retardare immissionem dict. patrum: nec dici potest, quod in continenti constet de veritate ex eo quod sancta mater hæredes instituit Gerardum, Ioannẽ Baptistam, & dictam Cleriam filios, cui quidem sanctæ assignatæ fuerant pro dote sua domus in Via peregrini, & alia domus cõtigua; dicti autem Gerardus, & Ioannes Baptista post obitum sanctæ petierunt poni ad suum creditum, necnon Cleriæ sororis loca 11. montium ad hæreditatem eiusdem sanctæ spectantia* (esta circunstancia no huuo in præsenti) *quia iura ex quibus hæc deducũtur, non sunt in actis, nec in forma probanti, & ideo de his non est habenda ratio, vltra alias responsiones, quæ possint afferri.* Y tratãdose delos bienes en que se auia de dar la possession, se determinò que fuesse en los que se contenian en el inuentario q̃ la dicha Cleria auia hecho, no obstãte auer dicho en el, que muchos no eran de Gerardo, vt habetur num. 25. ibi: *Cui non obstant verba illa, che non sono sue, scilicet Gerardi, quia sufficit vt superius dictum est quod possederit ab ipso Gerardo ad effectum vt illius hæredi competat immissio.*

Pare-

Pareciome no meter la mano en lo que se dixo en el otro informe por cumplir lo que dixe al principio, y por estar todo muy ajustado y muy bien probado, y finalmēte porque ex illis & ex his, parece bien fundada la justicia de Don Francisco Tello. Salvo, &c.

Lic. Iuan Cardoso Pimentel.